DAS FIXGESCHÄFT.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE BEI DER JURISTISCHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT LEIPZIG

EINGEREICHT VON

PAUL HEICKE
REFERENDAR IN ANGSTEDT.

ACAD. LUGD BAT. BIBL.

BORNA-LEIPZIG
BUCHDRUCKEREI ROBERT NOSKE
1910.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535715_0071

Wilhelm Linsenbarth

zur Erinnerung.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Allgemeiner Teil.

Der Charakter des Fixgeschäftes und seine Voraussetzungen.

Erstes Kapitel.

§ 1. Die juristische Natur des Fixgeschäftes 1

Zweites Kapitel.

Die allgemeinen Voraussetzungen des Fixgeschäftes.

A. Art des Grundvertrages.

§ 2. 1. Gegenseitiger Vertrag nach Bürgerlichem Gesetzbuch 10

§ 3. 2. Handelskauf nach Handelsrecht 11

B. Weitere für das Handelsgesetzbuch und Bürgerliche Gesetzbuch gemeinsame Voraussetzungen.

§ 4. 1. Zeitgeschäft 14

2. Festbestimmte Zeit oder Frist.

§ 5. a) Im allgemeinen 16

§ 6. b) Ein- oder zweiseitiges Fixgeschäft . . . 18

§ 7. c) Teilfixgeschäft 20

§ 8. C. Die genau bestimmte Leistung ein Essentiale des Vertrages 21

Drittes Kapitel.

§ 9. Die Beweislast 23

Seite

Spezieller Teil.

Das Fixgeschäft in seinen besonderen Rechtsfolgen.

Erstes Kapitel.

§ 10. Besonderheiten bei rechtzeitiger Erfüllung? 25

Zweites Kapitel.

Besonderheiten des Fixgeschäftes bei nicht rechtzeitiger Leistung.

§ 11. A. Das Recht auf Rücktritt 27

B. Das Recht auf nachträgliche Erfüllung.

§ 12. 1. Nach bürgerlichem Recht 30

§ 13. 2. Nach Handelsrecht 32

C. Das Recht auf Schadensersatz.

§ 14. 1. Allgemeine Voraussetzungen des Schadensersatzes 35

§ 15. 2. Besondere Voraussetzungen des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung nach Bürgerlichem Gesetzbuch und Handelsgesetzbuch . . 37

3. Berechnung des Schadens.

§ 16. a) Im allgemeinen 39

b) Die Besonderheiten des Handelsrechtes bei der Berechnung des Schadens.

§ 17. *α*) Die abstrakte Berechnungsart . . . 40

§ 18. *β*) Die konkrete Berechnungsart . . . 42

Drittes Kapitel.

§ 19. Die Besonderheiten des Fixgeschäftes nach Konkursrecht 43

Literaturverzeichnis.

Busch, Archiv für Theorie und Praxis des allgem. deutschen Handelsrechtes. Leipzig 1870.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechtes. Stuttgart 1900.

Crome, System des bürgerlichen Rechtes. Bd. 2. Tübingen und Leipzig 1902.

Dernburg, Die Schuldverhältnisse. Halle 1909.

Dernburg, Pandekten. Bd. 2. Berlin 1886.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch. Bd. 2 (Allgem. Teil) Mannheim 1901, Bd. 2 Mannheim 1905.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. Bd. 1. Berlin 1903.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Förtsch, Kommentar zum allgem. deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. 2. Leipzig 1894.

Franke, Begriff und Besonderheiten des Fixhandelskaufes. Diss. Borna-Leipzig 1904.

Fuchsberger, Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes und Reichsgerichtes auf dem Gebiete des Handelsrechtes. Gießen 1899.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch. Berlin 1906.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 1. Berlin 1903.

Hawlitzky, Der Begriff und die Besonderheiten des Fixkaufes nach Handelsrecht. Diss. Borna-Leipzig 1906.

Hochgürtel, Das Fixgeschäft. Diss. Bonn 1907.

Iten, Verzug des Schuldners beim Fixgeschäft nach deutschem Handelsrecht. Diss. Zürich 1881.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. Berlin 1908.

Kniep, Die Mora des Schuldners nach römischem und heutigem Recht. Bd. 2. 1871.

Krekeler, Das Fixgeschäft. Diss. Barmen 1898.

Kreß, Zur Lehre von der Beweislast nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Würzburg 1899.

Litthauer, Das Handelsgesetzbuch. Berlin 1898.

Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechtes. Leipzig 1908.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 2. Berlin 1901.

Makower, Das Handelsgesetzbuch. Bd. 2. Berlin 1907.

Motive für den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.

Paech, Der Leistungsverzug. Berlin 1902.

Protokolle der 2. Kommission für die Beratung eines Bürgerlichen Gesetzbuches.

Petersen-Kleinfeller, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich. Lahr 1901.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. Berlin 1907.

Puchelt, Kommentar zum allgem. deutschen Handelsgesetzbuch. Leipzig 1894.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Schuldverhältnisse. Berlin 1903.

v. Sarwey-Bossert, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich. Berlin 1905.

Schollmeyer, Das Recht der Schuldverhältnisse. München 1900.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Berlin 1907.

Thöl, Das Handelsrecht. Bd. 1. Göttingen 1874.

Wilmowsky, Die deutsche Reichskonkursordnung. Berlin 1906.

Willenbücher, Die Konkursordnung. Berlin 1909.

Windscheid-Kipp, Pandekten. Bd. 2. Frankfurt a. M. 1906.

Wolff, Die Konkursordnung. Berlin 1900.

Thorwart, Die Behandlung der Termin- und Differenzgeschäfte in der deutschen Gesetzgebung und Rechtsprechung. Leipzig 1908.

Rießer, Kommentar zum Börsengesetz. Berlin 1909.

Allgemeiner Teil.

Der Charakter des Fixgeschäftes und seine Voraussetzungen.

Erstes Kapitel.

Die juristische Natur des Fixgeschäftes.

§ 1.

Das Fixgeschäft, wie es uns in den neueren Gesetzeskodifikationen entgegentritt, ist ein Erzeugnis des modernen Rechts. Weder dem römischen noch dem älteren gemeinen Rechte war es bekannt und ist in Deutschland erst durch das Handelsrecht ausgebildet worden. Kodifiziert erscheint das Fixgeschäft als Abart des Handelskaufes zum ersten Male im alten Handelsgesetzbuch in Art. 357.

Die durch Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs erforderlich gewordene Neuredaktion des alten Handelsgesetzbuchs hat den Art. 357 einer neuen Regelung unterworfen, und in seiner neuen Gestalt hat das Fixgeschäft auch im Bürgerlichen Gesetzbuche als besondere Art gegenseitiger Verträge Eingang gefunden.

Den Rechtsbegriff „Fixgeschäft“ zu bestimmen, ist schon um deswillen mit Schwierigkeiten verknüpft, weil das Gesetz selbst an keiner Stelle auf das Wort direkt

Bezug nimmt. Die Bezeichnung ist vielmehr lediglich vom Verkehr für die Geschäfte des § 376 HGB. (entsprechend dem Art. 357 a. HGB.), § 361 BGB. und § 18 KO. ausgebildet worden. Die Literatur, vor allem aber die Iudikatur des Reichsgerichtes hat den Begriff „Fixgeschäft" genau umgrenzt und ihm die charakteristischen Merkmale aufgeprägt, die ihm eigen sind.

Bei dem Versuche, die juristische Natur des Fixgeschäftes zu bestimmen, können wir lediglich an die Eingangsworte des angeführten Paragraphen anknüpfen:

„Ist vereinbart bezw. bedungen, daß die Leistung bezw. Lieferung genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist erfolgen soll, so . . ." Dies ist alles, was das Gesetz über die Voraussetzungen des Fixgeschäftes verlauten läßt. Hierauf allein konnte sich die Interpretation stützen, und so erklärt sich, daß es nicht zu einer Einheit der Ansichten kommen wollte.

Es fragte sich, ob man sich streng an die Worte des Gesetzes „genau zu festbestimmter Zeit" halten müsse, oder ob sie dehnbar seien und eine freiere Interpretation zuließen.

Den ersten Weg schlug Thöl ein, indem er sich auf den Standpunkt stellte: „Ein Fixgeschäft läge vor, wenn pünktliche Einhaltung einer bestimmten Zeit der Lieferung gewollt sei".[1])

[1]) Thöl § 281 A; vgl. auch später: „Gewollte Pünktlichkeit, also ein Fixgeschäft ist anzunehmen, wenn . . ."

Mit dieser Ansicht ist Thöl fast völlig isoliert geblieben. Die Mehrzahl aller Schriftsteller sowie die Iudikatur steht auf anderem Boden.

Während Thöl aus der Tatsache, daß eine genaue Lieferungszeit verabredet ist, das Vorliegen eines Fixgeschäftes präsumiert und es nicht für erforderlich hält, daß die gewollte Pünktlichkeit auch noch aus anderen Umständen des Einzelfalles erhellt, verlangt die herrschende Meinung, daß nicht nur ein genauer Termin für die Leistung festgesetzt ist, sondern daß diese genau vereinbarte Erfüllungszeit einen wesentlichen Bestandteil der Erfüllung selbst bildet.[1])

Das Reichsgericht[2]) z. B. führt folgendes aus:

„Der Rechtsbegriff des Fixgeschäftes sei in § 361 BGB. für gegenseitige Verträge überhaupt und in § 376 HGB. für den Handelskauf entsprechend dem Art. 357 a. HGB. dahin festgestellt, daß die Leistung des einen Teiles genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden solle. Dies sei so zu verstehen,

> daß die getroffene Erfüllungszeit einen so wesentlichen Bestandteil des Geschäftes bilden solle, das mit ihrer Innehaltung und Verabsäumung das Geschäft stehen und fallen, eine nachträgliche Erfüllung nicht mehr als Vertragserfüllung angesehen werden solle".

---

[1]) z. B. ROHG. Bd. 2 S. 93; RG. Bd. 1 S. 241, Bd. 51 S. 348.

[2]) RG. a. a. O.

Diese Ansicht ist grundlegend geworden. Die Literatur steht fast durchweg auf dem gleichen Standpunkte.[1])

Bei dem Versuche unserer Konstruktion der juristischen Natur des Fixgeschäftes werden wir von der Grundidee des Reichsgerichtes ausgehen, da nur sie u. E. zum Ziele führt. Die einzelnen Ausführungen des Reichsgerichtes sind jedoch nicht durchweg befriedigend und bedürfen u. E. einer Modifikation.

Man kann sich nicht verhehlen, daß für die herrschende Meinung über die Natur des Fixgeschäftes im Wortlaute des Gesetzes selbst keine allzu große Stütze zu finden ist. Das Gesetz spricht lediglich für den Fall seine Rechtsfolgen aus, daß die genau zu festbestimmtem Termin vereinbarte Leistung nicht pünktlich erfolgt.

Bei rein grammatischer Interpretation käme man daher auf die von Thöl verfochtene Ansicht, denn es ist aus dem Gesetze — wenigstens explizite nicht — nicht ersichtlich, daß die Parteien sich bei Vertragsabschluß bewußt sein müssen, daß eine verspätete Leistung etwas dem Vertrag nicht Entsprechendes sei.

---

[1]) Dernburg, BGB. Bd. 2 § 56 S. 141; Puchelt S. 1047 Nr. 2; Lehmann-Ring § 376 Nr. 78; Endemann, HR. § 113 III A und Nr. 45; Brauer in Buschs Arch. S. 319; Düringer-Hachenburg S. 88, 2 cc; Staub § 376 Anm. 4; Makower § 376, 3a; Hahn § 357, § 7 Anm. 9; ferner ROHG. Bd. 2 S. 94, Bd. 3 S. 297, Bd. 6 S. 398, Bd. 8 S. 14, Bd. 11 S. 237, Bd. 13 S. 169; RG. Bd. 1 S. 241, Bd. 36 S. 84, Bd. 51 S. 348.

Trotz dieser scheinbar für Thöl sprechenden Argumente ist die Ansicht Thöls nicht annehmbar, da sie zu Konsequenzen führen würde, die der ratio legis gewiß nicht entsprechen. Nach Thöl wäre jedes Geschäft mit genau gewollter Pünktlichkeit ein Fixgeschäft, und hieran scheitert diese Ansicht, wie an folgendem Beispiel bewiesen werden soll:

Jemand kauft in einem Warenhause einen Touristenanzug und vereinbart, daß er ihm bis spätestens $7^3/_4$ Uhr in die Wohnung gesandt würde, da er um 8 Uhr einer Einladung Folge leisten muß und besorgt, es möchte später niemand zu Hause sein, um den gekauften Gegenstand entgegenzunehmen. Es steht hier m. E. außer Frage, daß ein Fixgeschäft nicht vorlag, obwohl zweifellos genaue Pünktlichkeit gewollt war. Anders läge der Fall, wenn der Käufer des Touristenanzuges um 8 Uhr nach dem Hochgebirge verreisen wollte und diese Tatsache bei Abschluß des Geschäftes angegeben hätte.

Aus dem Beispiele erhellt, daß man nicht fehl geht, wenn man den Begriff „Fixgeschäft", so wie die herrschende Meinung, enger faßt, als es das Gesetz zu tun scheint. Hierbei gehen m. E. einige[1]) zu weit mit der Behauptung, daß die pünktliche Innehaltung der Zeitbestimmung ein so wesentlicher Bestandteil des Vertrages selbst sei, daß die Nachlieferung eine totale Unmöglichkeit sei. Dann käme man dahin, die vereinbarte Liefe-

---

[1]) So z. B. Lehmann-Ring § 376 Nr. 79.

rungszeit als eine vom Verpflichteten zu prästierende Eigenschaft des Vertragsgegenstandes anzusehen, so daß eine Art Speziesschuld in obligatione wäre und bei nicht pünktlich erfolgter Erfüllung die Leistung die gewährleistete Eigenschaft nicht mehr besäße noch jemals erhalten könnte, daß somit die Schuld durch das Verschulden des zur pünktlichen Leistung Verpflichteten untergegangen wäre.[1])

Diese Ansicht wird vom Gesetze widerlegt, welches eine verspätete Lieferung mit Zustimmung des Gegners als Vertragserfüllung ansieht.

Bei der Definition des Fixgeschäftes macht die herrschende Meinung m. E. den Fehler, daß sie der festbestimmten Lieferungszeit im Verhältnis zur Lieferung selbst eine allzu große Bedeutung beimißt.

Nach der angeführten herrschenden Meinung,[2]) wie sie vor allem durch das Reichsgericht vertreten wird, wäre das Fixgeschäft identisch mit einem resolutiv bedingten Vertrag, einem Vertrag, der mit Nichteintritt der Bedingung, daß die Leistung genau zur vereinbarten Zeit erfolgen solle, nach § 158 Abs. 2 BGB. als aufgelöst zu betrachten wäre. Nunmehr bliebe die schwierige

[1]) Ein Versuch Hochgürtels (S. 10ff.), von dem Gesichtspunkte aus, daß eine zu späte Leistung eine schlechte Leistung sei und zu „qualitativ teilweiser Nichterfüllung" führe, den Charakter des Fixgeschäftes zu finden, kommt, wie er selbst zugibt, zu negativem Resultate, obwohl der Gedanke nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen ist.

[2]) S. 3 u. 4 der Arbeit.

Frage noch zu lösen, wie man das Verlangen des Nichtsäumigen auf nachträgliche Erfüllung des ursprünglich fixen Geschäftes juristisch aufzufassen habe. Diese Möglichkeit sieht nämlich das Gesetz vor.

Da der alte Vertrag durch Nichterfüllung der Bedingung vernichtet ist, so wäre dieses Verlangen nicht Aufrechterhaltung des alten Vertrages, sondern Abschluß eines neuen. Da aber der Säumige nach § 361 BGB. sowohl wie nach § 376 HGB. nachzuleisten verpflichtet ist, so hieße das dem Nichtsäumigen das Recht einräumen, durch einseitige Erklärung einen zweiseitigen Vertrag rechtswirksam abzuschließen, juristisch eine Unmöglichkeit.[1]) Man müßte mindestens aus den Trümmern des alten Vertrages eine bindende Vertragsofferte bestehen lassen, doch besteht hierfür kein Grund. Aus obiger Deduktion geht hervor, daß die angeführte Ansicht nicht durchweg befriedigen kann, wenn sie auch in ihrer praktischen Anwendung vielleicht genügt. Der Grund ist darin zu suchen, daß sie, wie schon oben[2]) angeführt wurde, das Schwergewicht zu sehr auf das Rücktrittsrecht legt und das Recht auf Nacherfüllung, welches das Fixgeschäft ebenfalls gewährt, nicht entsprechend berücksichtigt. Die Konstruktion des Reichsgerichtes trifft nur für einen Teil der Fixgeschäfte zu,

---

[1]) vgl. l. 2 D. de pactis II, 14: Est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus.

[2]) Oben S. 5.

bei denen die Nachleistung von vornherein vertraglich ausgeschlossen ist.[1])

Wir müssen, um zum Ziele zu gelangen, das Recht auf Nacherfüllung ebenso wie das Recht auf Rücktritt als bei Verabredung der fixen Leistung von den Parteien gewollt annehmen. Das Wesen des Fixgeschäftes muß darin gefunden werden, daß die Parteien sich bei Vertragsabschluß einig waren, daß der Verpflichtete sich regelmäßig nur durch Leistung am Stichtage seiner Verpflichtung aus dem Vertrage entledigen, auf eine Annahme späterer Leistung als Vertragserfüllung jedoch nicht mit Gewißheit rechnen könne,[2]) daß hierüber vielmehr der Nichtsäumige gegebenenfalls zu befinden habe. Auf Grund dieser Erwägungen möchte ich meine Ansicht dahin formulieren:

M. E. läßt sich das Fixgeschäft richtig konstruieren als ein zweifach bedingter gegenseitiger Vertrag. Die erste Bedingung, daß die Leistung genau zu festbestimmter Zeit erfolgen solle, ist selbständig und wirkt, wenn sie unerfüllt bleibt, resolutiv, falls nicht die zweite, die in ihr kraft Gesetzes enthalten ist und nur subsidiär, nämlich wenn die erste nicht eintritt, in Frage

[1]) vgl. die Differenz- und Börsentermingeschäfte; s. Thorwart S. 59 und Rießer S. 185 Anm. 31.

[2]) vgl. Prot. z. a. HGB. S. 1411, wo die von mir vertretene Meinung schon ähnlich ausgesprochen wird: „daß nach der supponierten Intention der Parteien der Säumige auf nachträgliche Erfüllung nicht weiter mit Sicherheit rechnen könne". Vgl. dagegen die angeführte Ansicht des RG.

kommt, deren auflösende Wirkung beseitigt. Dies ist der Fall, wenn der Nichtsäumige, trotzdem die Leistung des anderen Teiles nicht pünktlich am Stichtage erfolgte, dennoch auf Erfüllung besteht. Daß im Falle des Verzuges Schadensersatz wegen Nichterfüllung gefordert werden kann, spricht nicht gegen unsere Konstruktion, da der Verzug ein verpflichtendes Moment für sich bildet, also von vornherein im Vertrage nicht berücksichtigt werden kann und braucht.

Auf Grund dieser Ausführungen würde ich im Anschluß aber unter Modifikation der Definition des Reichsgerichtes folgendermaßen definieren:

Das Fixgeschäft ist ein gegenseitiger Vertrag, in dem die Leistung eines Teiles zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist ausbedungen ist und die getroffene Erfüllungszeit ein so wesentlicher Bestandteil des Geschäftes ist, daß mit ihrer Verabsäumung das Geschäft fallen soll, „falls nicht die andere Vertragspartei auf der Erfüllung besteht, in welchem Falle die Nachleistung als Vertragsleistung zu gelten hat".

Zweites Kapitel.

Die allgemeinen Voraussetzungen des Fixgeschäftes.

Nachdem wir versucht haben, uns über den Begriff des Fixgeschäftes ein klares Bild zu verschaffen, soll in

dem folgenden Kapitel dargelegt werden, welche Voraussetzungen das Gesetz im allgemeinen verlangt, um ein Geschäft mit den typischen Merkmalen auszustatten, durch die es zum Fixgeschäft im Sinne des § 361 BGB., § 376 HGB. und § 18 KO. wird.

A. Art des Grundvertrages.

1. Gegenseitiger Vertrag nach Bürgerlichem Gesetzbuche.

§ 2.

Die erste Voraussetzung für ein Fixgeschäft nach § 361 BGB. ist das Zugrundeliegen eines gegenseitigen Vertrages.[1]) Bei einseitigen Verträgen wäre zwar auch eine Vereinbarung derart denkbar, daß die Leistung an einem fixen Termin zu erfolgen habe, doch würde eine derartige Abmachung an sich ohne die besonderen Rechtsfolgen des § 361 BGB. bezw. § 376 HGB. bleiben. Selbst wenn der Rücktritt eines Teiles, z. B. des Bedachten, beim Schenkungsversprechen für den Fall ausbedungen wird, daß die Leistung nicht an dem Fixtermine erfolgt, so sind dennoch nur die allgemeinen Bestimmungen über vorbehaltenen Rücktritt (§§ 346ff.), nicht aber § 361 BGB. anwendbar.[2])

Die Ausdehnung des § 361 BGB. auf derartige einseitige Verträge hat die Kommission in zweiter Lesung

[1]) § 361 beginnt: Ist in einem gegenseitigen Vertrage . . .

[2]) vgl. auch Schollmeyer § 361.

ausdrücklich abgelehnt, da hierfür kein Bedürfnis bestehe.[1])

Gegenseitige Verträge im Sinne des § 361 BGB. sind nur die sogen. vollkommen gegenseitigen Verträge (contractus bilaterales aequales) der §§ 320—327 BGB. Ihr Charakteristikum ist, daß bei ihnen beide Parteien entsprechend den Vertragsbedingungen in gleicher Weise berechtigt und verpflichtet werden, so daß die Leistung eines Teiles einer Gegenleistung gegenübersteht, wie beispielsweise beim Kauf und beim Werkvertrage.[2])

Verträge, bei denen zwar eine Verpflichtung des berechtigten Teiles gegenüber dem anderen an sich nicht undenkbar ist, jedoch für den Vertrag selbst kein Essentiale bildet (z. B. Auftrag, Verwahrungsgeschäft usw.), unterliegen nicht den Normen der §§ 320—327 und somit nicht denen des § 361 BGB. Aus derartigen Verträgen erwachsende Gegenansprüche des Schuldners gegen den Gläubiger bestimmen sich lediglich nach den allgemeinen Grundsätzen über Verträge.[3])

§ 3.

2. Handelskauf nach Handelsrecht.

Für das Fixgeschäft nach Handelsrecht ist das Gebiet der gegenseitigen Verträge als Grundlage noch

---

[1]) Prot. Bd. 1 S. 626.

[2]) vgl. Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 20; Windscheid-Kipp, Pand. Bd. 2 S. 320; Schollmeyer § 320 Vorbem.

[3]) vgl. §§ 273, 274 BGB. und die Ausführungen Förtschs S. 1048.

enger begrenzt als für das Fixgeschäft nach Bürgerlichem Gesetzbuche.

Nach Handelsrecht können nur Handelskäufe einem Fixgeschäft zugrunde liegen.[1]) Man spricht deshalb richtiger hier von „Handelsfixkäufen".

Handelskauf ist jeder Kauf[2]) von Waren[3]) oder Wertpapieren,[4]) der auf seiten einer der beiden Parteien sich als Handelsgeschäft charakterisiert,[5]) d. h. wenn mindestens einer der Kontrahenten Kaufmann ist und der Kauf zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehört.[6])

Da für den Handelskauf außer den Sonderregeln der §§ 273 ff. HGB. die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs subsidiär in Frage kommen und nach § 515 BGB. auf den Tausch die Vorschriften über den Kauf Anwendung finden, so muß man konsequenterweise auch für den Tausch, der auf mindestens einer Seite Handelsgeschäft ist, die Normen des Handelskaufes analog an-

---

[1]) Dies ergibt sich unzweifelhaft aus der Stellung im Gesetz, welche den Handelskauf in einem besonderen Abschnitt, in §§ 273 bis 282 behandelt. Vgl. auch Goldmann § 376 Erl. I; Staudinger § 320 Nr. 1 S. 183.

[2]) Über Kauf vgl. eingehend Goldmann-Lilienthal § 128 S. 468.

[3]) vgl. § 1 Abs. 1 HGB.; auch Werkvertrag nach § 381 Abs. 2 HGB.; vgl. auch Art. 338 a. HGB.

[4]) Nach § 381 Abs. 1 HGB.

[5]) vgl. hierüber Makower § 75 A; Cosack S. 185 § 38; Lehmann S. 697 § 164, 2a.

[6]) vgl. die unter 5. Zitierten.

wenden.[1]) Eine erschwerende Bedingung für den Handelstausch ist jedoch, daß beide Tauschobjekte in Waren oder Wertpapieren[2]) bestehen, denn wie beim Handelskauf Gegenstand des Geschäftes auf beiden Seiten nur Sachen des regelmäßigen Handelsverkehrs sein können, nämlich Waren oder Wertpapiere und Geld, so können an Stelle des Geldes beim Handelstausch ebenfalls nur Sachen des regelmäßigen Handelsverkehres treten, nämlich Waren oder Wertpapiere.

Ob im konkreten Falle Kauf oder Tausch als vorliegend zu erachten ist, ist quaestio facti. Es ist dabei unerheblich, ob die Parteien das betreffende Geschäft mit Kauf bezeichneten, während Tausch tatsächlich vorlag, und umgekehrt. Die Frage kann praktische Bedeutung dann gewinnen, wenn es darauf ankommt, ob das abgeschlossene Geschäft der Kompetenz des Bürgerlichen Gesetzbuchs oder Handelsgesetzbuchs unterliegen würde.

---

[1]) So auch Staub Exk. vor § 373 Anm. 2; Makower § 373 A IIIa.

[2]) Ebenso Lehmann § 164 S. 698 Anm. 6.

B. Weitere für das Handelsgesetzbuch und Bürgerliche Gesetzbuch gemeinsame Voraussetzungen.

§ 4.

1. Zeitgeschäft.

Aus den Worten des Gesetzes „Ist bedungen, daß die Leistung innerhalb einer festbestimmten Frist oder zu einer festbestimmten Zeit erfolgen soll" erhellt, daß das Fixgeschäft, gleich ob bürgerlich- oder handelsrechtlich, stets ein sogen. „Zeitgeschäft" sein muß, d. h. ein Geschäft, bei dem die Leistung erst einige Zeit „nach" Perfektion des Vertrages zu erfolgen hat. Es ist hierbei für die Zeit zwischen Vertragsabschluß und Leistung durchaus keine Grenze gesetzt, die Zwischenzeit kann sich ebensogut auf Monate, Wochen, Tage, Stunden wie auf Minuten belaufen, unerläßlich ist, daß ein Zeitmaß zwischen Vertrag und Leistung unzweifelhaft festgestellt ist;[1]) die genauere Bestimmung und besondere Regelung bleibt der Privatautonomie der Parteien überlassen.

Für das Fixgeschäft nicht in Frage kommen die sogen. Tags- oder Kassageschäfte,[2]) d. h. solche, bei

[1]) Ein Fixgeschäft lag vor, wenn z. B. ein Reisender während des fünf Minuten dauernden Aufenthaltes auf einer Station ein belegtes Brot bestellt, das in fünf Minuten zu liefern ist.

[2]) vgl. Thöl § 257 I S. 827/28.

denen die Leistung sofort bei oder sofort nach Vertragsabschluß zu erfolgen hat, vorausgesetzt, daß beide Teile zu sofortiger Leistung verpflichtet sind.

Irrig ist dagegen m. E. die Ansicht Frankes,[1]) daß alle die Kaufgeschäfte für das Fixgeschäft außer Frage stünden, bei denen die Leistung auch nur eines Teiles sofort erfolgen soll. Nach dem Gesetz erzeugt schon die fixe Vereinbarung der Leistung eines Teiles ein Fixgeschäft; es ist demnach irrelevant, wann der andere Teil erfüllen muß, ob sofort,[2]) nach billiger Frist oder ebenfalls fix.

Lehmann und Ring[3]) sind der Meinung, daß insofern eine analoge Anwendung der Grundsätze von § 361 BGB. und § 376 HGB. stattfinden könnte, als ein sofortiges Rücktrittsrecht des nichtsäumigen Teiles der Intention der Parteien beim Kassakauf entspräche, wenn nicht sofort erfüllt wird.

Dem kann m. E. nicht beigestimmt werden.

Auf Grund der Vereinbarung allein, daß eine Partei sofort zu leisten habe, wozu sie an sich von Gesetzes wegen nach § 271 BGB. schon verpflichtet ist, falls keine gegenteilige Vereinbarung stillschweigend oder ausdrücklich getroffen wurde, können der anderen Partei

---

[1]) Franke S. 6.

[2]) z. B. jemand bestellt bei einem Weinhändler zehn Flaschen Wein bis zum 24. Dezember fix, und der Weinhändler verlangt sofort Zahlung, da er dem Besteller nicht kreditieren will.

[3]) Lehmann-Ring § 376 Nr. 79 a. E.

Vorteile, wie sie §§ 361 u. 376 gewähren, nicht erwachsen, abgesehen davon, daß eben ein Kassageschäft ipso iure ein Fixgeschäft ausschließt. Höchstens könnten sich die Parteien dadurch helfen, daß ein Teil sich den Rücktritt vorbehält, falls der andere nicht sofort erfüllt. Auch in diesem Falle käme lediglich § 346 zur Anwendung. Außerdem blieben dem nicht zur sofortigen Leistung Verpflichteten die Möglichkeiten der §§ 320 ff. BGB.

2. Festbestimmte Zeit oder Frist.

a) Im allgemeinen.

§ 5.

Ein weiteres Erfordernis der Fixgeschäfte ist, daß für die Leistung ein festbestimmter Zeitpunkt festgesetzt ist, der sogen. Stichtag. Es versteht sich von selbst, daß die Auslegungsregel des § 193 BGB. für das Fixgeschäft nicht in Anwendung kommen kann,[1]) da eine Hinausschiebung des Stichtages mit dem Charakter des Fixgeschäftes im direkten Widerspruch stehen würde, denn hier wird es regelmäßig genau auf den Tag bezw. die Stunde oder Minute ankommen. Auf Grund der Tatsache, daß die Zeit der Leistung so bestimmt fixiert ist, basiert überhaupt der Fixcharakter des Geschäfts; in vielen Fällen wird sogar die Leistung an einem Sonn- oder Feiertag ausdrücklich beabsichtigt sein, z. B. bei Nahrungsmittellieferungen zu einem Feste.

[1]) Ebenso Planck § 193.

Der Stichtag muß „festbestimmt“ sein, d. h. derart, daß dem Ermessen keiner der Parteien auch nur der geringste Spielraum bleibt,[1]) vielmehr muß sich die Bestimmtheit des Stichtages aus den Angaben des Vertrages klar ergeben. Es ist zu diesem Zwecke nicht immer erforderlich, daß er von vornherein kalendermäßig festgestellt sein muß,[2]) es würde auch genügen, wenn unter Zugrundelegung eines Ereignisses oder einer Handlung der Tag sich sicher bestimmen läßt, z. B. bis zum zweiten Tag nach meiner Abreise, am zweiten Tag nach Kündigung.[3]) Unbedingt notwendig ist es jedoch, daß der Stichtag von „beiden Parteien“ vereinbart ist, so daß sich keiner von ihnen darüber im Zweifel befindet, sei es, daß die Feststellung bei Vertragsabschluß selbst erfolgte, sei es später, doch muß im letzten Falle immer die für das Fixgeschäft unumgängliche Frist zwischen Vertrag und Leistungstermin gewahrt bleiben. Darnach steht dem nichts entgegen, daß die Parteien ein einfaches Geschäft durch nachträgliche Vereinbarung eines

[1]) Wie in folgenden Fällen: binnen kürzester Frist ROHG. Bd. 3 S. 288; spätestens Mitte November ROHG. Bd. 3 S. 276; bei offener Schiffahrt ROHG. Bd. 11 S. 433; sukzessive von Woche zu Woche ROHG. Bd. 3 S. 273; im Monat August ROHG. Bd. 7 S. 369; in den Monaten April, Mai ROHG. Bd. 7 S. 84; monatlich ROHG. Bd. 12 S. 32 u. a. m.; vgl. Makower § 376, 3; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 § 86 II, 1.

[2]) z. B. am 1. 1. 1910; vgl. auch ROHG. Bd. 11 S. 432.

[3]) vgl. ROHG. Bd. 7 S. 145; ähnlich Brauer a. a. O. S. 322 Anm. 13.

fixen Leistungstermines in ein Fixgeschäft umwandeln,[1]) aber niemals dadurch, daß ausgemacht wird, es solle „sofort“ geliefert werden. Desgleichen kann ein Geschäft niemals durch einseitige Erklärung einer Partei allein den Charakter des Fixgeschäftes erhalten,[2]) es sei denn, daß vorher ausgemacht worden ist, daß bei der Kündigung (z. B. beim Geschäft auf Abruf) der Kündigende den Stichtag zu bestimmen habe.

Liegt eine derartige Abmachung nicht vor, so kann eine einseitige Erklärung den ursprünglichen Charakter des betreffenden Geschäftes niemals ändern. Eine solche Möglichkeit würde zu einer ungerechtfertigten Benachteiligung der anderen Partei führen, die den ursprünglichen Vertrag vielleicht nie als Fixgeschäft abgeschlossen haben würde.

Umgekehrt kann ein Geschäft den Fixcharakter durch nachträgliche Vereinbarung eingebüßt haben.[3])

b) Ein- oder zweiseitige Fixgeschäfte.

§ 6.

Während Art. 357 a. HGB. ein Fixgeschäft nur als gegeben ansah, wenn die Lieferung von Waren fix bedungen war,[4]) hat das neue Handelsgesetzbuch und mit ihm das Bürgerliche Gesetzbuch das Gebiet der Fix-

[1]) Ebenso Fuchsberger S. 942 § 376, 1a.

[2]) Ebenso Bauer in Buschs Arch. S. 322.

[3]) vgl. Fuchsberger a. a. O.

[4]) vgl. auch § 18 KO.

geschäfte erweitert. Das heutige Recht verlangt lediglich, daß die „Leistung“ eines Teiles an einem fixen Termine zu erfolgen hat, wessen Leistung, ist gleichgültig. Es steht natürlich auch der Weg offen, beide Leistungen fix zu bedingen. Je nachdem der erste oder zweite Fall gegeben ist, spricht man von ein- oder zweiseitigen Fixgeschäften.

Beim einseitigen Fixgeschäft beziehen sich die Sonderregeln des § 361 bezw. § 376 natürlich nur auf die Verpflichtung der Partei, für die der Stichtag maßgebend ist.[1]) Die andere Partei hat nach den allgemeinen Regeln, insbesondere der §§ 320 ff. BGB. zu erfüllen.

Im Gegensatz dazu sind bei zweiseitigen Fixgeschäften der § 361 BGB. und § 376 HGB. für beide Parteien gleichmäßig bindend.

Ein Fixgeschäft ist m. E. auch in der Fassung möglich, daß Leistung und Gegenleistung fix, aber zu verschiedenen Terminen erfolgen soll. Die eine Partei soll z. B. am 1. August fix leisten, die Gegenleistung am 10. August fix fällig sein. Es läge ein zweiseitiges Fixgeschäft mit Vorleistungspflicht der einen Partei vor. Es würden §§ 320 ff. BGB. neben § 361 BGB. bezw. § 376 HGB. analoge Anwendung finden.

Es sei überhaupt betont, daß das Fixgeschäft als solches den Parteien keinerlei Beschränkungen auferlegt,

---

[1]) vgl. Makower § 376 II, 6 S. 1236.

wie sie den Vertrag nach innen gestalten wollen. Demgemäß sind Sonderabreden, Nebenleistungen, Bedingungen vollgültig, soweit sie von dem Fixcharakter nicht berührt werden.

c) Teilfixgeschäft.

§ 7.

Ebenso liegt es in der Macht der Parteien, den Fixcharakter nicht auf die ganze Leistung auszudehnen, sondern nur auf einen Teil[1]) derselben zu beschränken. Es ist nicht notwendig, daß nur ein Teil der gesamten Leistungsmenge betroffen wird, vielmehr kann die fixe Teilleistung derart bedungen sein, daß falls mehrere einzelne Leistungen[2]) geschuldet werden, auf die eine oder die andere die fixe Leistungspflicht beschränkt wird,[3]) oder falls eine Nebenleistung mit in Schuld stände, auf diese, während der nicht betroffene Teil der Leistung nach den allgemeinen Regeln über gegenseitige Verträge zu bewirken ist.[4])

---

[1]) Ebenso Lehmann-Ring § 376 Nr. 85.

[2]) z. B. Ratenzahlungen.

[3]) Ebenso Makower § 376 Satz 2, 4; Lehmann-Ring Nr. 85 a. a. O.

[4]) Ebenso Makower a. a. O. Über die Streitfrage, ob gegebenenfalls die Vorschriften der §§ 361, 376 auf die ganze Leistung angewandt werden können, eingehend unten.

C. Die genau bestimmte Leistung ein Essentiale des Vertrages.

§ 8.

Die bisher gegebenen Voraussetzungen reichen allein noch nicht aus, einen Vertrag zum Fixgeschäfte zu stempeln. Es muß das letzte und Hauptmoment hinzutreten: der Wille der Parteien, daß ein Fixgeschäft gewollt ist, d. h. daß die pünktliche Innehaltung der Leistung essentiell für den ganzen Vertrag sein soll, muß unzweideutig hervortreten.[1])

Dieser Wille kann auf verschiedene Weise dokumentiert werden, so wenn im Vertrage ausdrücklich auf den Wortlaut des Gesetzes Bezug genommen wird, oder wenn Ausdrücke hinzugefügt werden, die fraglos auf ein Fixgeschäft hindeuten, wenn sie in Verbindung mit dem Leistungstermin gebraucht werden, wie: fix, spätestens, prompt, präzise, genau, auf keinen Fall nach u. a. m.[2]) Den gleichen Zwecken dient die Verwirkungsklausel, z. B.: „ist nicht am 1. Juni erfüllt, so soll mein Engagement erloschen sein“. Eine Vereinbarung, daß Nachlieferung überhaupt „ausgeschlossen“ sein soll, würde jedoch weitergehende Wirkung haben,

[1]) vgl. Dernburg, Bürgerl. R. § 56, 2a S. 142; Goldmann § 376, 4 S. 1630; Mot. z. BGB. Bd. 1 S. 199; RG. Bd. 51 S. 348.

[2]) Nicht genügen dergleichen Ausdrücke ohne Termin oder solche wie: baldigst, eiligst usw.

sie würde definitiv den Vertrag auflösen,[1]) falls nicht pünktlich geleistet würde. Selbst wenn derartige Klauseln dem Vertrage nicht beigefügt sind, kann aus den Umständen des Einzelfalles hervorgehen, daß die Intention der Parteien auf ein Fixgeschäft hinzielte.[2])

Dazu ist der Umstand allein nicht genügend, daß es sich nun um eine Ware handelt, die zu Modeartikeln bestimmt ist oder die erheblichen Preisschwankungen ausgesetzt ist,[3]) oder daß ein Teil an der pünktlichen Leistung ein erhebliches Interesse[4]) hat, doch können diese Tatsachen bei der Beweiswürdigung für die Annahme eines Fixgeschäftes in gewissen Fällen ausschlaggebend sein. So wird man das Vorliegen eines solchen annehmen müssen, wenn das Objekt des Vertrages notorisch starker Preisschwankung ausgesetzt ist und das Geschäft mit Rücksicht auf den dadurch erzielbaren Gewinn zum Abschluß kam.[5]) Hier würde sich aus der Sachlage eine Vermutung dafür ergeben, daß die Parteien den Fixcharakter stillschweigend vereinbart haben. Übrigens sind alle an der Börse abgeschlossenen Geschäfte im Zweifel als Fixgeschäfte anzusehen.[6])

---

[1]) vgl. oben S. 15.

[2]) ROHG. Bd. 13 S. 169.

[3]) ROHG. Bd. 7 S. 409.

[4]) ROHG. Bd. 13 S. 169.

[5]) ROHG. Bd. 8 S. 236, Bd. 16 S. 292.

[6]) § 16 Abs. 2 der Geschäftsbedingungen für die Geschäfte an der Berliner Fondsbörse v. 1. 3. 1905.

Drittes Kapitel.

Die Beweislast.

§ 9.

Eng an die letzten Ausführungen schließt sich die Frage, welche Partei die Beweislast trifft, daß ein Fixgeschäft und nicht ein gewöhnlicher Vortrag vorliegt.

Da im allgemeinen derjenige, der sich auf eine Sondervorschrift beruft, ihre Anwendbarkeit im konkreten Falle nachzuweisen hat und das Fixgeschäft eine Abart des gewöhnlichen gegenseitigen Vertrages bildet, so muß die Partei, die aus seinen Sonderbestimmungen Rechte herleiten will, sein Vorhandensein nachweisen.

Ergibt sich schon aus dem Vertrage selbst der Fixcharakter unzweifelhaft, z. B. weil ausdrücklich bemerkt wurde, daß ein Fixgeschäft abgeschlossen werden solle, so braucht nur diese Tatsache bewiesen zu werden. Ebenso braucht in dem Beispiele S. 22 [1]) nur nachgewiesen zu werden, daß das betreffende Geschäft an der Börse zum Abschluß kam.

Der Richter hat unter Berücksichtigung der in Kap. 2 aufgestellten grundlegenden Erfordernisse nach dem Prinzipe der freien Beweiswürdigung zu entscheiden.

Eine Verpflichtung, das Vorliegen eines Fixgeschäfts von Amts wegen zu prüfen,[2]) besteht nur, wenn dies

---

[1]) vgl. Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 178ff.

[2]) vgl. ROHG. Bd. 6 S. 227.

strittig ist,[1]) denn die Bestimmungen des § 361 BGB. und § 376 HGB. sind dispositiv, und es kommt lediglich auf die Parteien an, ob sie sie angewandt wissen wollen oder nicht, und auch wenn in Wirklichkeit kein Fixgeschäft vorlag, die Parteien es aber irrtümlich annehmen und deshalb nicht darüber verhandeln, so hat der Richter auf Grund der Verhandlungsmaxime dennoch nach den Normen des § 361 BGB. bezw. § 376 HGB. zu entscheiden.

Ist die Feststellung, daß ein Fixgeschäft vorlag, vom Richter erfolgt, so kann diese Tatsache, soweit sie rein tatsächlicher Natur ist, später nicht mehr angezweifelt werden,[2]) insbesondere mit der Revision nur dann angefochten werden, wenn der Richter sich bei der Feststellung durch einen Irrtum über das Wesen und die Natur des Fixgeschäftes leiten ließ,[3]) z. B. nach der Thölschen Ansicht lediglich auf Grund der Tatsache, daß Pünktlichkeit der Leistung gewollt war, ein Fixgeschäft als vorliegend annahm.

---

[1]) Ähnlich Krekeler S. 12, 13; Hawlitzky S. 26.

[2]) Ebenso Lehmann-Ring § 376 Nr. 80.

[3]) § 550 ZPO.

Spezieller Teil.

Das Fixgeschäft in seinen besonderen Rechtsfolgen.

Erstes Kapitel.

Besonderheiten bei rechtzeitiger Erfüllung?

§ 10.

Das Gesetz knüpft an das Fixgeschäft als einen eigenartigen, von dem üblichen durch ganz individuelle Merkmale sich abhebenden Vertrag dementsprechend besondere Rechtsfolgen.

Diese werden sich regelmäßig erst dann zeigen, wenn die fix bedungene Leistung nicht pünktlich am Stichtage erfolgt.

Wird dagegen pünktlich geleistet, so verliert in diesem Augenblick das Fixgeschäft seinen Fixcharakter und es werden regelmäßig die üblichen Konsequenzen eintreten, wie sie bei einem gewöhnlichen synalagmatischen Vertrag durch die Leistung eines Teiles hervorgerufen werden: es erwächst der Anspruch auf die Gegenleistung, falls sie nicht schon erfolgte, nach den allgemeinen Regeln, ausgenommen, daß auch sie fix bedungen war. Die Rechte auf Minderung, Zahlungsverweigerung, Wandlung wegen fehlerhafter Leistung

bleiben bestehen,[1]) ohne vom Fixcharakter des Geschäftes berührt zu werden. War die Leistung zwar pünktlich erfolgt, aber so mangelhaft, daß der andere Kontrahent sie zurückzuweisen berechtigt war, so ist es so zu halten, als ob sie überhaupt nicht erfolgt wäre, vorausgesetzt, daß die Zurückweisung rechtsgültig erfolgte.

Ähnlich liegt der Fall bei teilweiser Leistung am Stichtage. Da für diesen Fall weder § 361 BGB. noch § 376 HGB. Vorsorge treffen,[2]) so greifen wiederum die allgemeinen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches subsidiär ein.[3])

Es gilt folgendes: Wird nur ein Teil des Vertragsobjektes pünklich geleistet, während für die ganze Leistung der fixe Termin galt, so kommt es darauf an, ob diese Teilleistung für die andere Partei noch Interesse hat oder nicht.[4]) Im zweiten Falle ist es so zu halten, als ob die Leistung überhaupt nicht erfolgt wäre, denn die Teilleistung kann hier überhaupt nicht als Leistung gelten, so daß die Rechte aus dem Fixgeschäft des § 361 BGB. und § 376 HGB. sofort geltend gemacht werden können.

---

[1]) z. B. nach §§ 462, 463, 478, 634—636, 638 BGB.

[2]) Ebenso Staub § 376 Anm. 33; Düringer-Hachenburg § 376 III, 1 e.

[3]) Anders das a. HGB. Art. 359.

[4]) Analog den §§ 326 Abs. 2, 325 BGB.; vgl. jedoch § 320 Abs. 2 BGB.

War nur ein Teil der ganzen Leistung fix bedungen[1]) und erfolgt die fixe Teilleistung nicht, so kann der Nichtsäumige regelmäßig nur die betreffende Teilleistung ablehnen, den Rest analog der Ausführungen oben nur, wenn sie ohne die fixe Teilleistung kein Interesse für ihn hat.[2])

Zum Schlusse sei noch hervorgehoben, daß der § 361 BGB. und § 376 HGB. nicht zur Anwendung kommen können, wenn die Leistung unmöglich geworden ist, ohne daß die Unmöglichkeit vom Schuldner, d. i. dem, der die Leistung am Stichtage zu bewirken hatte, zu vertreten ist.[3]) Hier greifen vielmehr §§ 323 u. 324 BGB. ein und machen die Rechte aus § 361 BGB. und § 376 HGB. illusorisch.

Zweites Kapitel.

Besonderheiten des Fixgeschäftes bei nicht rechtzeitiger Leistung.

A. Das Recht auf Rücktritt.

§ 11.

Als erstes Recht des Nichtsäumigen bei unpünktlicher Leistung des Schuldners gewähren § 361 BGB. und § 376 HGB. das Recht, vom Vertrage zurückzutreten.

---

[1]) s. oben S. 26.

[2]) Makower a. a. O. „unter Umständen"; vgl. jedoch § 326 Abs. 2 BGB.

[3]) Ebenso Schollmeyer § 316 Anm.

Das Rücktrittsrecht entsteht ohne weiteres dadurch, daß am Stichtage die Leistung ausbleibt, setzt also weder nach § 361 BGB. noch nach § 376 HGB. Verzug des Säumigen voraus.[1])

Im übrigen untersteht der Rücktritt auch beim Fixgeschäft den Regeln der §§ 346ff. BGB. Es sei hierauf verwiesen.[2])

Sind die Leistungen auf beiden Seiten fix bedungen, so kann der Berechtigte den Rücktritt nur erklären, wenn er selbst pünktlich geleistet hat oder der andere Teil in Annahmeverzug nach §§ 293ff. BGB. ist.

Hat der Berechtigte selbst eine Handlung vorzunehmen (z. B. die Leistung abzuholen) oder eine Vorleistung zu machen, so kann er das Rücktrittsrecht[3]) nicht ausüben, wenn er selbst mit der entsprechenden Verpflichtung im Rückstande ist. Dasselbe gilt, wenn er selbst verschuldet hat, daß die Leistung nicht rechtzeitig erfolgte.

Dagegen kann § 454 BGB. auf das Fixgeschäft nicht in Anwendung kommen,[4]) da dadurch, daß der Verkäufer den Vertrag erfüllt und den Kaufpreis gestundet hat, er damit von selbst auf das Rücktrittsrecht

---

[1]) Anders nach Art. 357 a. HGB.

[2]) Eingehendere Ausführungen sind hier nicht am Platze; vgl. Crome § 175.

[3]) Ebensowenig natürlich auch die übrigen Rechte aus dem Fixgeschäft; vgl. B u. C unten.

[4]) Ebenso Düringer-Hachenburg § 376 Note IIf.

verzichtet. Es läge einfach das Verlangen auf nachträgliche Erfüllung vor. Deshalb kann § 454 BGB. niemals mit § 361 noch § 376 HGB. in Kollision kommen.

Das Rücktrittsrecht des § 361 BGB. unterscheidet sich von dem nach § 376 HGB. insofern, als § 361 nur eine Vermutung aufstellt dahingehend, daß in dem Falle, daß für die Leistung ein fixer Termin bedungen war, ein Rücktrittsrecht von den Parteien vereinbart ist, während § 376 HGB. das Rücktrittsrecht bedingungslos gewährt, wenn nur nachgewiesen wird, daß der Fixcharakter bei dem Geschäft vereinbart war.

Die Ausübung des Rücktrittes geschieht nach den allgemeinen Regeln. Er muß insbesondere dem anderen Teile gegenüber erklärt werden, kann also nicht durch konkludente Handlung erfolgen.[1]) Für die Erklärung gilt mutatis mutandis das Entsprechende wie bei der Erklärung, nachträgliche Erfüllung zu verlangen.[2])

Eine besondere Frist ist nicht vorgeschrieben,[3]) doch kann eine solche vom Gegenkontrahenten gesetzt werden.[4])

Die Erklärung kann regelmäßig erst nach Ablauf des Stichtages rechtswirksam erfolgen; eine vorherige Erklärung ist nur dann von Bestand, wenn auf beiden

---

[1]) § 449 BGB.

[2]) vgl. eingehend unten § 12.

[3]) Anders wie nach § 376 HGB. bei Verlangen auf Nachleistung; s. ebenfalls unten § 13.

[4]) § 355 BGB.

Seiten feststand, daß pünktliche Leistung nicht erfolgen werde.[1])

B. Das Recht auf nachträgliche Erfüllung.

1. Nach bürgerlichem Recht.

§ 12.

Da § 361 BGB. seine Vermutung nur für den Rücktritt aufstellt, so bleibt, wenn dieser nicht ausgeübt wird, der Vertrag in seinem ursprünglichen Umfange so, wie ihn die Parteien abgeschlossen hatten, ohne weiteres Hinzutun bestehen, nur verschiebt sich der Lieferungstermin. Der Säumige muß nachleisten. Eine Verpflichtung des Nichtsäumigen, das Verlangen auf nachträgliche Erfüllung ausdrücklich zu erklären, besteht also nicht.[2]) Ein darauf hinzielender Antrag, eine solche Bestimmung, wie sie § 376 HGB. aufweist, ins Bürgerliche Gesetzbuch aufzunehmen, wurde von der Kommission in zweiter Lesung abgelehnt.[3]) Es wurde mit Recht geltend gemacht, „daß das Fixgeschäft im bürgerlichen Verkehr meist nur dem Zwecke diene, den Schuldner zur pünktlichen Einhaltung seiner Verbindlichkeiten anzuspornen. Wenn auch die Intention der Parteien dahin ginge, daß der Gläubiger eine verspätete Leistung solle verweigern dürfen, so rechne der Schuldner

[1]) Ebenso Planck § 361, 2; Schollmeyer § 361 Exk.

[2]) Anders § 376 HGB. u. Art. 357 a. HGB.; s. § 13.

[3]) Prot. Bd. 2 S. 640 ff.

doch im stillen darauf, daß der andere die Leistung auch nach Ablauf der Frist anzunehmen bereit sein werde".

Nicht zugestimmt werden kann m. E. der Ansicht von Düringer-Hachenburg, daß wohl im Einzelfalle die Anwendung von Treu und Glauben im Verkehr dahin führen könnte, daß von dem Nichtsäumigen eine Anzeige, auf Erfüllung bestehen zu wollen, verlangt werden dürfe.[1])

Für diese Ansicht spricht weder ein allgemeines Bedürfnis noch bietet das Gesetz irgendwelchen Anhalt, vielmehr ließe sich auf Grund eines argumentum e contrario, da eine entsprechende Bestimmung in das Gesetz aufzunehmen ausdrücklich abgelehnt worden ist, das Gegenteil folgern.

Der Säumige bleibt, solange der Rücktritt nicht erklärt worden ist, immer noch in der Schuld des Nichtsäumigen, deren er sich zu entledigen bestrebt sein muß.

Solange ihm das Gegenteil nicht mitgeteilt worden ist, muß er annehmen, daß die andere Partei auf Erfüllung beharre. Um sich Gewißheit darüber zu verschaffen, kann er beim Gegner anfragen, ob auf Nachleistung bestanden würde oder nicht, und dies wird m. E. im Verkehr das Übliche sein. Das Gesetz gibt sogar in § 355 BGB. die Möglichkeit, die Anfrage mit präkludierender Wirkung auszustatten derart, daß er eine Frist

---

[1]) Düringer-Hachenburg Bd. 3 §§ 87 ff.

setzt, bis zu welcher der andere sich zu erklären hat, widrigenfalls die Erfüllung abgelehnt werden kann.

Macht der Schuldner von der Vergünstigung des § 355 BGB. keinen Gebrauch, so hat er sich etwaige Nachteile selbst zuzuschreiben.

Eine nachträgliche Erfüllung ist überhaupt ausgeschlossen, wenn die Leistung unmöglich geworden ist.[1]) Hier greifen die allgemeinen Bestimmungen über Unmöglichwerden der Leistung bei gegenseitigen Verträgen Platz.[2])

Wird nachträgliche Erfüllung verlangt, so verliert damit das Geschäft seinen Fixcharakter, es sei denn, daß die Parteien abermals auf einen fixen Termin für die Leistung übereinkommen. Der Nichtsäumige kann eine angemessene Frist zur Leistung setzen[3]) und im Falle des Verzuges des Säumigen Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung fordern.

2. Nach Handelsrecht.

§ 13.

Das in § 12 Ausgeführte gilt auch für das Fixgeschäft nach Handelsrecht, jedoch mit folgender Modifikation:

---

[1]) Ebenso Rehbein S. 257.

[2]) vgl. §§ 323 ff. BGB. Näheres bei Staub § 323; Düringer-Hachenburg § 323 Anm. Eingehendere Ausführungen sind hier nicht am Platze.

[3]) Bei Nichtinnehaltung auch dieser s. unten § 14.

Der Nichtsäumige kann sich das Recht auf nachträgliche Erfüllung nur dadurch bewahren, daß er sofort nach Ablauf des Stichtages dem Gegner anzeigt, daß er auf Erfüllung bestehe.[1]) Unterläßt oder verzögert er diese Anzeige, so geht dieses Recht unter.

Die Anzeige ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Eine Form ist für sie nicht vorgeschrieben.

Welche Art der Übermittlung zu wählen ist, wird sich nach Handelsusance bestimmen, event. nach vorheriger Abmachung.[2])

Aus dem Inhalt der Anzeige muß sich klar ergeben, daß auf Erfüllung bestanden wird, so daß der andere Teil nicht im Zweifel sein kann.

Die Anzeige hat zu erfolgen „nach“ Ablauf der Zeit oder Frist für die Lieferung, nicht etwa nach Eintritt etwaigen Verzuges. Erfolgt sie vor diesem Zeitpunkte, nämlich vor dem Stichtage, so bleibt sie in der Regel ohne Wirkung. Eine Ausnahme besteht für den Fall, daß schon vor dem Stichtage auf beiden Seiten die Gewißheit herrscht, daß der Schuldner nicht pünktlich erfüllen werde, der Gläubiger dennoch auf Erfüllung

---

[1]) Dies ist m. E. nicht so sehr eine Folge davon, daß eine Nachleistung nicht im Sinne des Vertrages läge, als vielmehr davon, daß das Handelrecht überhaupt, um die Schnelligkeit und Sicherheit des Handels zu fördern, die Tendenz zeigt, den Kaufmann an strengere Normen zu binden.

[2]) z. B. telephonische oder telegraphische Nachricht.

bestehe.[1]) Man braucht sich nicht so fest an den Buchstaben des Gesetzes zu klammern,[2]) daß man hier eine Wiederholung der Anzeige nach dem Stichtage verlangen wird. Die Bestimmung der sofortigen Anzeigepflicht bezweckt lediglich, den anderen Teil zu verhindern, auf Kosten des Säumigen fortzuspekulieren, andrerseits letzteren rechtzeitig in Kenntnis zu setzen, daß Nachlieferung noch angenommen wird.

Der Einwand Hawlitzkys,[3]) daß das Gesetz, wenn es obige Möglichkeit hätte zulassen wollen, einen anderen Wortlaut gewählt haben würde, wie „spätestens sofort nach", kann m. E. nicht überzeugen.

Die Möglichkeit, in allen Fällen die Erklärung, daß Nachleistung verlangt werde, schon vorher rechtswirksam abzugeben, ehe der Leistungstermin verstrichen ist, und ohne daß sicher ist, daß die pünktliche Leistung nicht erfolgen werde, würde den Nachteil haben, daß der Schuldner in Ansehung dessen vielleicht erst absichtlich die pünktliche Erfüllung irgendwelcher Vorteile willen[4]) unterläßt und sich auf die Nachleistung

---

[1]) Ebenso Lehmann-Ring § 376 Anm. 89; Makower § 376 IIIb, 3; Fuchsberger S. 954; Staub § 376 Anm. 24; ROHG. Bd. 13 S. 137.

[2]) So Hawlitzky S. 34; Staub, auf den er sich als Gewährsmann beruft, steht in der vorliegenden neueren Auflage auch auf den von mir vertretenen Standpunkt.

[3]) Hawlitzky S. 33, 34.

[4]) Um sie vielleicht anderweitig nochmals zur selben Frist zu verwerten.

beschränkt, obwohl er bei nicht erfolgter früherer Anzeige pünktlich im Sinne des Fixgeschäftes geleistet haben würde.

Die Anzeige, daß Nachleistung verlangt werde, muß „sofort“ nach Ablauf des Stichtages erfolgen, nicht „unverzüglich“ nach, wie Art. 357 a. HGB. vorschrieb. Also erlischt das Recht auf Nacherfüllung auch, wenn das Unterbleiben oder die Verzögerung durch Umstände herbeigeführt wurden, die der Nichtsäumige nicht zu vertreten hat.[1])

Neben der nachträglichen Erfüllung kann Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangt werden, wenn der Säumige im Verzug war.

C. Das Recht auf Schadensersatz.

1. Allgemeine Voraussetzungen des Schadensersatzes.

§ 14.

Der Anspruch auf Schadensersatz gründet sich auch beim Fixgeschäft wie bei allen gegenseitigen Verträgen auf den Verzug des Schuldners, und zwar ohne Unterschied, ob Ersatz wegen verspäteter oder Nichterfüllung gefordert wird. Der Unterschied zwischen beiden liegt darin, daß ersterer neben der Erfüllung zu leisten ist, während der zweite an ihre Stelle tritt.

---

[1]) Ebenso Staub § 376 Anm. 22.

Da sich die ganzen Ausführungen der folgenden Abschnitte auf den Begriff des Verzuges aufbauen, so erscheint es mir unerläßlich, an dieser Stelle wenigstens mit kurzen Worten auf die Voraussetzungen des Verzuges im allgemeinen wie insbesondere beim Fixgeschäft einzugehen.[1])

Nach § 284 Abs. 1 BGB. kommt der Schuldner in Verzug, wenn er nach Eintritt der Fälligkeit trotz Mahnung des Gläubigers nicht leistet. Ist für die Fälligkeit ein Termin nach dem Kalender bestimmt, so bedarf es nach dem Grundsatz: dies interpellat pro homine[2]) der Mahnung nicht.[3]) Der Schuldner kommt in diesem Falle lediglich dadurch in Verzug, daß er am Leistungstermin nicht erfüllt, es sei denn, daß die Erfüllung aus einem Umstande unterblieb, den er nicht zu vertreten hat.[4])

Beim Fixgeschäft wird demnach das Regelmäßige sein, daß der Schuldner nach § 284 Abs. 2 lediglich durch Nichtinnehaltung des Stichtages in Verzug gerät, und er kann sich nur nach § 285 BGB. exkulpieren.[5])

---

[1]) Eingehend s. Paech, Der Leistungsverzug S. 21ff.; Cl. Iten S. 14ff.; Kniep Bd. 1 §§ 3ff., Bd. 2: Die mora des Schuldners nach römischem und heutigem Recht.

[2]) Endemann S. 779 Anm. 12: Der feste Tag schreit nach Erfüllung, wörtlicher: Der Termin mahnt an Stelle der Partei.

[3]) § 284 Abs. 2, da die Streitfrage das gemeine Recht entscheidet.

[4]) z. B. höhere Gewalt. Auch hier die Ausnahme des § 279 BGB. Näheres vgl. die unter 1. Zitierten.

[5]) Über die Beweislast vgl. Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 176—192.

2. Besondere Voraussetzungen des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung nach Bürgerlichem Gesetzbuch und Handelsgesetzbuch.

§ 15.

Da in § 361 BGB. nur eine Vermutung für das Rücktrittsrecht aufgestellt wird, so bleiben die übrigen Rechte aus dem Vertrage, wenn das Spezialrecht[1]) des § 361 BGB. nicht ausgeübt wird, unberührt.

Will also die nichtsäumige Partei Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern, so muß sie nach § 326 BGB. verfahren: Sie muß der anderen Partei zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist setzen mit der Erklärung, daß sie nach Ablauf dieser Frist die Annahme der Leistung ablehnen werde.

Erfolgt die purgatio morae bis Ablauf der Frist nicht, so kann nunmehr Schadensersatz wegen Nichterfüllung[2]) verlangt werden.

Einer Fristsetzung bedarf es nicht, wenn die Erfüllung infolge des Verzuges kein Interesse mehr für den Nichtsäumigen hat.[3])

Für das handelsrechtliche Fixgeschäft gilt wiederum eine Abweichung von dem oben Ausgeführten. Nach

---

[1]) Rücktritt.

[2]) Natürlich kann auch Rücktritt vom Vertrage erfolgen, jedoch ist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen (§ 326 Abs. 1 BGB.).

[3]) § 326 Abs. 2 BGB.

§ 376 HGB. erübrigt sich die Fristsetzung; es kann sofort nach Ablauf des Stichtages Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend gemacht werden, doch auch hier vorausgesetzt, daß der Schuldner sich im Verzuge befindet.

Die Ausübung dieses Rechtes ist ebenfalls nicht an eine Frist gebunden, sie hat nach den allgemeinen Regeln zu erfolgen.

Hat der Gläubiger die Wahl getroffen, ob er vom Vertrag zurücktreten, Nacherfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen will, so ist er an eine diesbezügliche Entscheidung gebunden,[1]) denn jedes einzelne dieser Rechte schließt die anderen aus und jedes kann nur selbständig geltend gemacht werden. Schadensersatz wegen Nichterfüllung unterscheidet sich vom Rücktritt dadurch, daß hier der Vertrag aufgelöst wird und die Parteien sich etwa gemachte Leistungen zurückgewähren, während dort der Vertrag bestehen bleibt, aber an Stelle des Anspruches auf Erfüllung das Interesse an der Erfüllung in Geld tritt.

---

[1]) Ebenso Staub § 376 Anm. 14; Lehmann-Ring § 376 Anm. 91, 92.

3. Berechnung des Schadens.

a) Im allgemeinen.

§ 16.

Unter Schaden versteht man die Vermögensnachteile,[1]) die jemanden ohne die den Schaden verursachenden Umstände nicht getroffen haben würden.

Nach diesem Grundsatze kann beim Fixgeschäft, sowohl beim bürgerlichrechtlichen als auch beim Handelsfixkauf,[2]) die Höhe des Schadensersatzes berechnet werden. Der Gläubiger kann grundsätzlich Ersatz des Schadens verlangen, der ihm durch das Unterbleiben der Leistung am Stichtage erwächst. Dieser Schaden umfaßt einmal die direkt entstandenen Verluste: das positive Interesse (damnum emergens),[3]) ferner den entgangenen Gewinn: das negative Interesse (lucrum cessans).[4])

---

[1]) Das BGB. erkennt grundsätzlich nur Vermögensschaden an. Ausnahmen sind z. B. bei Körperverletzung, Freiheitsberaubung, Defloration.

[2]) Anders nach a. HGB.

[3]) Z. B. der Gläubiger muß das Vertragsobjekt von andrer Seite unter ungünstigeren Bedingungen (z. B. teurer) beziehen. Hinzu tritt das „damnum extra rem“ z. B. eine ausgemachte Konventionalstrafe.

[4]) Z. B. sein Verdienst an dem Vertragsgegenstand.

b) Die Besonderheiten des Handelsrechts bei der Berechnung des Schadens.

a) Die abstrakte Berechnungsart.

§ 17.

Die Art, wie er den ihm erwachsenen Schaden berechnen will, kann der Gläubiger nach freiem Ermessen wählen, und er ist an die einmal gewählte Art nicht gebunden.[1])

Das Handelsgesetzbuch bietet zwei besondere Möglichkeiten bei der Schadensberechnung, wenn es sich um Ware handelt: Einmal kann so verfahren werden, daß der Berechnung die Differenz zugrunde gelegt wird zwischen dem Kontraktspreise unter Abrechnung etwaiger vom Gläubiger zu tragenden Vertragskosten[2]) und dem Werte zur Zeit der Erfüllung, d. h. der Preis, zu dem die Ware zur Zeit der Erfüllung verkäuflich war. Hat die Ware Börsen- oder Marktpreis, so bestimmt sich der Wert (nach § 376 Abs. 2 HGB.) nach dem Börsen- oder Marktpreis zur Zeit und am Orte der geschuldeten Leistung. Als Zeit der Erfüllung ist der Zeitpunkt anzusehen, an dem der Schuldner in Verzug kam. Dies ist beim Fixgeschäft regelmäßig der Stichtag. Eine Ausnahme hiervon gilt für den Fall, daß der Schuldner

[1]) So auch Staub § 376 Anm. 59. Z. B. der konkrete Schaden stellt sich als größer heraus, wie die abstrakte Berechnung ergab.

[2]) Z. B. Übersendungskosten, falls sie ihm zugerechnet worden wären.

zwar am Stichtage nicht leistete, jedoch das Ausbleiben der Leistung nicht zu vertreten hatte, also nicht im Verzuge war. Hier konnte der Gläubiger mangels Verzuges keinen Schadensersatz fordern, diesen erst dann, wenn er eine Nachfrist setzte und ihr Ablauf ohne Erfüllung blieb. In diesem Falle ist der Endtermin der Nachfrist als Tag des Verzuges anzusehen, und er ist für die Berechnung des Schadens zugrunde zu legen.[1]) War dagegen die Nachfrist zur purgatio marae gesetzt und auch sie verlaufen, ohne daß Leistung seitens des Schuldners erfolgt wäre, so kann stets nach der Marktlage am Stichtage als den Tag des Verzuges der abstrakte Schaden berechnet werden,[2]) denn es war ja der Verzug schon am Stichtage vorhanden.

Hatte die Ware keinen Markt- oder Börsenpreis, dann ist für die Schadensberechnung der Verkäuflichkeitspreis zur Zeit und am Orte der geschuldeten Leistung maßgebend.

Als „Ort der geschuldeten Leistung“ ist der Ort anzusehen, an dem die Leistung gemäß den Bestimmungen des Vertrages[3]) zu bewirken war.[4])

---

[1]) Ebenso Staub § 376 Anm. 15.

[2]) Ebenso Düringer-Hachenburg § 376 Note IV Abs. 2a; Makower § 376 Vc; Staub § 376 Anm. 15.

[3]) Bezw. nach § 269 BGB. mangels Abmachung.

[4]) Ebenso Düringer-Hachenburg a. a. O. Note IV, 21; Lehmann-Ring § 376 Nr. 54.

β) Die konkrete Berechnungsart.

§ 18.

Unter dem konkreten Schaden versteht man denjenigen, der dem Nichtsäumigen im speziellen Einzelfalle, z. B. wegen nötig gewordener anderweitiger Deckung, zu ungünstigeren Bedingungen entstanden ist.

Hatte die Ware keinen Börsen- oder Marktpreis, so ist auch hier nach den oben in § 16 dargestellten allgemeinen Regeln zu verfahren. Hatte sich der Nichtsäumige mit Hilfe eines Kaufes oder Verkaufes von anderer Seite gedeckt, so kann die Differenz zwischen dem Kontraktspreise und dem höheren Kaufs- bezw. niederen Verkaufspreise der Berechnung zugrunde gelegt werden.

Hatte die Ware Börsen- oder Marktpreis, so kann das Ergebnis eines solchen Deckungskaufes oder -verkaufes nur dann der Berechnung zugrunde gelegt werden, wenn der Verkauf oder Kauf „sofort" nach Ablauf der bedungenen Leistungszeit oder -frist bewirkt ist.[1])

Auf das „sofort" ist Gewicht zu legen.[2]) Das Recht erlischt daher bei jeder Verzögerung, auch wenn sie unverschuldet eintrat.

Als Verzögerung kann es jedoch nicht angesehen werden, wenn der Gläubiger sich zur Abwicklung des

[1]) § 376 Abs. 3 Satz 4 HGB.

[2]) Diese Bestimmung hat den Zweck, Spekulation auf Kosten des Schuldners zu unterbinden.

Deckungsgeschäftes die nach Handelsusance übliche Zeit läßt.[1])

Das Deckungsgeschäft darf ferner erst „nach“ Ablauf des Stichtages vorgenommen werden. Die Form ist einmal öffentliche Versteigerung. Hierbei gilt die Besonderheit, daß Käufer und Verkäufer bei der Versteigerung mitbieten können.[2]) Zweitens kann das Deckungsgeschäft durch einen zu solchen Verkäufen oder Käufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler oder eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person vorgenommen werden und muß in diesem Falle zu laufendem Preise erfolgen.[3])

Von dem vorzunehmenden Deckungsgeschäft ist der Schuldner unverzüglich zu benachrichtigen, widrigenfalls sich der Gläubiger schadensersatzpflichtig macht.[4])

Drittes Kapitel.

Besonderheiten des Fixgeschäftes nach Konkursrecht.

§ 19.

Auch im Konkursrecht hat das Fixgeschäft wegen seiner Eigenart eine sich von den übrigen gegenseitigen

---

[1]) vgl. auch § 358 HGB.; Düringer-Hachenburg § 376 Note V, 1.

[2]) § 376 Abs. 4 Satz 1 HGB.

[3]) § 376 Abs. 3 Satz 2 HGB.

[4]) § 376 Abs. 4 Satz 2 u. 3 HGB.

Verträgen abhebende, besondere Behandlung erfahren in § 18 KO.

Während sonst der Konkursverwalter das Wahlrecht hat, ob er einen gegenseitigen Vertrag erfüllen und die Gegenleistung verlangen will, normiert § 18 KO. eine Ausnahme, wenn folgende Voraussetzungen gegeben sind: Es muß sich um Ware[1]) handeln, d. h. um bewegliche Sachen, die überhaupt den Gegenstand eines Kaufes zu bilden pflegen. Hinzuzurechnen sind Wertpapiere, obwohl § 18 KO. sie nicht besonders erwähnt,[2]) denn § 18 KO. ist auf der Grundlage von Art. 357 a. HGB. entstanden und das alte Handelsgetzbuch machte eine Scheidung zwischen Waren und Wertpapieren im Gegensatz zum neuen Handelsgesetzbuch[3]) nicht.

Die Ware muß ferner einen Markt- oder Börsenpreis haben, d. h. sie muß so intensiv gehandelt werden, daß sich ein Durchschnittspreis nach der Marktlage des betreffenden Ortes feststellen läßt.[4]) Daß dieser Durchschnittspreis amtlich regelmäßig notiert wird, ist dabei nicht erforderlich.[5])

---

[1]) vgl. § 1 Abs. 1 HGB.

[2]) Ebenso Willenbücher § 18, 1 a; Jaeger § 18 Anm. 6; Sarwey-Bossert § 18 Anm. 2.

[3]) vgl. z. B. § 26 Abs. 1 Satz 1 HGB.; ferner vor allem § 381 Abs. 1 HGB.

[4]) vgl. v. Hahn Art. 311 Zus. 1; Thöl § 252 Nr. 3; RHOG. Bd. 2 S. 194, Bd. 7 S. 174, Bd. 17 S. 305.

[5]) Ebenso Sarwey-Bossert § 18 Nr. 2.

Drittens muß über die Lieferung der Ware ein Fixgeschäft abgeschlossen sein nach den Erfordernissen des § 361 BGB. und § 371 HGB.[1]) Der Stichtag dieses Fixgeschäftes muß in die Zeit nach Eröffnung des Konkurses fallen, doch ergibt sich aus der Vorschrift des § 18 Abs. 2 für die Berechnungsart, daß in dem Falle, daß der Stichtag auf den Tag der Eröffnung des Verfahrens selbst oder auf den ersten Werktag[2]) nach Eröffnung fällt,[3]) § 18 KO. nicht anwendbar zu erachten ist,[4]) denn für die Berechnung soll der zweite Werktag nach Eröffnung des Verfahrens grundlegend sein. Für den ersten Tag nach Eröffnung läßt sich aber kein Marktpreis feststellen für eine Leistung, die schon ein bezw. zwei Tage vorher fällig war. Es tritt somit § 18 Abs. 3 KO. in Kraft.

Die Wirkung des § 18 KO. ist in Konsequenz der Tatsache, daß die Konkurseröffnung allgemein spätere Forderungen sofort fällig werden läßt, derart, daß ein Lieferungsgeschäft sich in ein reines Differenzgeschäft umwandelt.[5]) Es kann also nicht mehr Erfüllung[6]) ge-

---

[1]) § 18 Abs. 1 KO.

[2]) Ein Sonn- oder Feiertag kommt nicht in Betracht.

[3]) § 18 Abs. 1 KO.

[4]) Ebenso Sarwey-Bossert § 18 Nr. 4 S. 108; Willenbücher § 18 Nr. 3; Wilmowsky § 18 Nr. 5; Petersen-Kleinfeller § 18 III, 9; Jaeger § 18 Anm. 12.

[5]) Ohne Rückwirkung, so daß § 764 BGB. nicht in Anwendung kommen kann; ebenso Wolff § 18 Nr. 3.

[6]) Auch das Rücktrittsrecht erlischt.

fordert werden, sondern „nur“ noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Für die Schadensberechnung gilt die Besonderheit, daß nur abstrakte Berechnung zulässig ist, gleich ob der kontrakte Schaden größer oder geringer ist.[1])

Der Berechnung zugrunde zu legen ist der Marktpreis, der sich am zweiten Werktage nach Eröffnung des Konkurses am Orte der Erfüllung oder an dem für denselben maßgebenden Handelsplatze für Geschäfte ergibt, die mit der in dem betreffenden Fixgeschäfte bedungenen Erfüllungszeit geschlossen sind.

Ist ein solcher Marktpreis nicht zu ermitteln, so findet demnach § 18 Abs. 1 nicht Anwendung.[2])

Dasselbe gilt für den Fall, daß die fixe Lieferung von der Partei, der sie oblag, schon vor Konkurseröffnung erfolgte.[3])

Da § 18 KO. ius cogens enthält, so sind entgegenstehende Vereinbarungen ungültig.[4])

---

[1]) Ebenso Jaeger § 18 Anm. 18.

[2]) vgl. § 18 Abs. 3; s. auch oben S. 45.

[3]) Ebenso Sarwey-Bossert S. 108 § 18 Nr. 1; Petersen-Kleinfeller § 18 II Nr. 5.

[4]) vgl. § 18 „kann nicht“.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.